



LA CONTRACTUALISATION DES OBLIGATIONS LEGALES : LA FIGURE DU “ CONTRAT PEDAGOGIQUE ”

Judith Rochfeld

► To cite this version:

Judith Rochfeld. LA CONTRACTUALISATION DES OBLIGATIONS LEGALES : LA FIGURE DU “ CONTRAT PEDAGOGIQUE ”. Centre Perelman. M. Xifaras et G. Lewkowicz (dir.), Repenser le contrat, Dalloz, collection Thèmes et commentaires, p. 294-308, 2009. hal-00368031

HAL Id: hal-00368031

<https://hal-paris1.archives-ouvertes.fr/hal-00368031>

Submitted on 13 Mar 2009

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

III. Le contrat et la loi

LA CONTRACTUALISATION DES OBLIGATIONS LEGALES

LA FIGURE DU « CONTRAT PEDAGOGIQUE »

Par Judith ROCHFELD

La sphère contractuelle s'est enrichie ces dernières années de manifestations insolites : alors même qu'ils sont dénommés « contrats », des accords entre personnes privées ou entre une personne privée et l'Etat¹ ne semblent avoir aucune « teneur contractuelle ». Ces actes paraissent en effet se contenter de reprendre des obligations légales ou réglementaires, qui pèsent d'ores et déjà sur leur débiteur. Ils ont donc pour seule fonction de les lui rappeler ; parfois, ils leur adjoignent une sanction nouvelle. Ce faisant, ils font émerger une problématique étrange et inédite : faut-il les qualifier de contrat et, partant, leur appliquer le régime qui en découle (force obligatoire des obligations, intangibilité, *etc.*) ?

On peut illustrer le phénomène par trois exemples, extraits de trois sphères juridiques différentes et hétéroclites. Les deux premiers serviront plus particulièrement de support à la démonstration.

Le premier exemple est celui du PARE : le plan d'aide au retour à l'emploi. Il est extrait d'un domaine où se développe massivement ce phénomène, celui du droit de l'emploi². Il a connu une heure de gloire car il donna lieu au contentieux médiatique dit des « recalculés ».

Pour résumer succinctement la teneur du PARE, on dira qu'il doit être signé par chaque demandeur d'emploi à qui il vient rappeler des obligations (notamment de recherche d'emploi) posées par d'autres sources : les lois et les règlements³ ; la Convention nationale d'assurance-chômage⁴ ; un arrêté ministériel venu agréer cette dernière⁵. Chaque chômeur, pour bénéficier des indemnités de chômage et de l'ensemble des services d'accès à l'emploi,

¹ On visera également, au travers de ce dernier et pour la suite des développements, ses représentants.

² L'exemple n'est donc pas unique en ce domaine, cf., par ex., le « contrat d'insertion » signé par les bénéficiaires du RMI, sur lequel BELORGEY, J.-M., « Le contrat d'insertion » in ERBES-SEGUIN, S. (ed.), *Le contrat, usage et abus d'une notion*, Paris, Desclée de Brouwer, 1999, p. 171; également, la *convention de coopération* signée avec les entreprises. De façon générale, voir ENCINAS DE MUNAGORRI, R., obs. *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 594.; WILLMANN, C., *Le chômeur cocontractant*, *Droit social*, 2001, p. 391.

³ Art. L. 351-1 et s. et R. 351-1 et s. c. trav.

⁴ La « Convention relative à l'aide au retour à l'emploi et à l'indemnisation du chômage », conclue le 19 octobre 2000 entre les partenaires sociaux.

⁵ Arrêté ministériel du 4 décembre 2000.

doit donc signer ce contrat individuel avec l'ASSEDIC (le PARE) et consentir à son complément, le projet d'action personnelle (le PAP), avec l'ANPE (Agence Nationale Pour l'Emploi).

La particularité de ce contrat est donc de rappeler des obligations existantes. Elle est clairement apparue lorsqu'un contentieux explosa à propos de ce pacte, qui impliqua la question de sa qualification en « contrat » et concentra l'attention sur ce point. En effet, pour d'impérieuses nécessités d'économies, un arrêté prétendit réduire la durée d'indemnisation des nouveaux entrants dans le système d'indemnisation. Mais il le prétendit également à l'égard de certains signataires antérieurs⁶. Ce furent les fameux « recalculés », qui avancèrent alors l'argument de l'intangibilité de leurs droits, fondé sur le caractère contractuel de la source de ces derniers. Il fallut ainsi trancher la question de savoir si chacun des signataires, dont l'Etat, était tenu dans les liens d'un contrat obligatoire en toutes ses dispositions. Des actions judiciaires furent menées et, même si le Gouvernement rétablit les durées d'indemnisation initiales et tarit le contentieux, celui-ci avait eu le temps de se cristalliser sur la question suivante dont la réponse dépendait de la qualification donnée : un contrat qui ne fait que reprendre des obligations légales, réglementaires ou conventionnelles existantes, en est-il un ?

On peut retrouver cette problématique à l'égard d'un deuxième exemple : le contrat de responsabilité parentale, créé par la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances⁷. Il est extrait d'un autre domaine, celui des liens familiaux, liens institutionnels s'il en est, et des devoirs que ces derniers impliquent.

⁶ Précisément, la durée d'indemnisation des allocataires en cours d'indemnisation au 31 décembre 2002 se trouvait réduite à compter du 1^{er} janvier 2004.

⁷ Loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, *Journal officiel*, 2 avril 2006, p. 4950 ; sur l'ensemble de ce dispositif et son appréciation, cf. BEIGNIER, B., « La famille entre autorité parentale et autorité de l'Etat », *Droit de la famille*, n° 2, 2006, p. 1 ; ROLIN, F., « Un contrat administratif d'un nouveau type ? Le contrat de responsabilité parentale », *Revue des Contrats*, 2006, p. 849 et « Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale », *Revue du Droit Sanitaire et Social*, 2007, p. 38 ; nos obs. « Contrat, responsabilité, parenté : un mélange détonant », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2006, p. 395 et « Le contrat de responsabilité parentale, une nouvelle figure du contrat pédagogique », *Revue des Contrats*, 2006, p. 665. *Adde*, en matière familiale, la loi du 5 mars 2007 sur la prévention de la délinquance, *Journal officiel*, 7 mars 2007, p. 4297, instituant l'« engagement » consécutif à l'accompagnement parental, délivré « aux parents ou au représentant légal du mineur », ou plus exactement l'« attestation comportant leur engagement solennel à se conformer aux obligations liées à l'exercice de l'autorité parentale » ; sur ce texte, nos obs., « De l'autorité parentale à la fonction éducative », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 408. *Adde*, en matière de droit des personnes, le « contrat d'accompagnement social », conclu entre une personne dont « la santé ou la sécurité » « est menacée par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources » et le département, art. L. 271-1, code de l'action sociale et des familles (CASF), Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, *Journal officiel*, 7 mars 2007, p. 4325.

Ce contrat a pour but de réagir aux problèmes de l'absentéisme scolaire et d'un « trouble porté au fonctionnement d'un établissement scolaire ou de toute autre difficulté liée à une carence de l'autorité parentale ». Dans ces hypothèses, le président du Conseil général peut intervenir en matière d'autorité parentale et proposer aux parents la conclusion de cet accord, qui a pour objet de rappeler les « obligations des titulaires de l'autorité parentale »⁸. Il s'agit donc d'un contrat signé par les détenteurs de l'autorité parentale et le président du Conseil général qui, à l'instar du PARE, reprend des obligations existantes à la charge des parents (résultant de la loi⁹ et des textes internationaux¹⁰), ce à l'égard du développement de leur enfant. Il les « contractualise »¹¹.

A la différence du PARE, néanmoins, le contrat de responsabilité parentale semble contenir un apport : il ajoute une sanction qui n'existait pas et, partant, crée une norme nouvelle. Le non-respect des obligations ainsi rappelées (et des mesures d'aide choisies dans le contrat) entraîne, en effet et notamment, la possibilité de suspendre le versement des allocations familiales (pour trois mois renouvelables jusqu'à 1 an)¹².

Cette différence peut toutefois être considérablement nuancée : la sanction est également encourue en l'absence de signature de cet accord, de telle sorte qu'avec ou sans contrat, elle peut être prononcée ; elle s'applique aussi en cas d'absence de conclusion du contrat, « du fait » des parents, « sans motif légitime » ; elle a par ailleurs existé sans contrat dans le précédent dispositif de lutte contre l'absentéisme scolaire, avant d'être supprimée au fondement de son absence de pertinence¹³. L'utilisation de l'instrument « contrat » ne s'imposait donc pas pour introduire cette sanction.

⁸ Il peut également comporter « toute mesure d'aide et d'action sociales de nature à remédier à la situation », art. L. 222-4-1, CASF ; « Son contenu, sa durée et les modalités selon lesquelles il est procédé (...) à la conclusion du contrat sont fixés par décret en Conseil d'Etat » ; cf. le décret n° 2006-1104 du 1^{er} septembre 2006 relatif au contrat de responsabilité parentale, *Journal officiel*, 2 sept. 2006, p. 13095.

⁹ Art. 371-1, c.civ. art. 227-17, c. pén.

¹⁰ Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, Art. 28; *adde* que désormais certaines des dispositions de ce texte ont été reconnues d'application directe, cf. Cass.civ.1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*, I, No. 212 ; 14 juin 2005, No. 04-16.942, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*, I, No. 245, *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 679, note D. BUREAU, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2005, p. 750, obs. REMY-CORLAY, P.; 13 juillet 2005, No. 05-10.519, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)* I, No. 334.

¹¹ Il « contractualise » également les aides, qui existent et sont normalement proposées sans détour par un contrat.

¹² Il entraîne également la possibilité de saisir le procureur de la République de faits susceptibles de constituer une infraction pénale — art. 227-17, c. pén., prévoyant une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende pour le parent qui se soustrait à ses obligations légales d'exercice de l'autorité parentale — et/ou de demander la mise sous tutelle des prestations familiales.

¹³ La loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance l'avait fait disparaître du droit positif.

Enfin, à titre de troisième exemple, on peut se pencher sur la teneur du contrat d'accueil et d'intégration, créé par la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 et le décret du 23 décembre 2006¹⁴. Il contractualise, quant à lui, à l'égard des étrangers non communautaires, l'apprentissage de la langue française et les éléments permettant l'intégration à la République française. Il doit être signé entre l'étranger et le préfet qui lui a accordé un titre de séjour¹⁵. Il dresse alors les obligations de formation que doit suivre le premier, propres à permettre son intégration (linguistique et civique notamment)¹⁶. Il contractualise également la sanction de l'inexécution, sans motif légitime, par l'étranger, de la formation, à savoir la résiliation du contrat, voire le refus du renouvellement de son titre de séjour¹⁷.

Quelles sont les questions que posent l'ensemble de ces hypothèses ?

On conviendra évidemment qu'il s'agit d'une instrumentalisation du contrat : en tant qu'acte censément accepté par la volonté libre des parties, il se trouve ici mis au service de l'action publique pour imposer plus facilement aux intéressés des obligations légales et tendre à un meilleur respect de ces dernières, voire à un contrôle social renforcé.

Pour autant, le procédé peut ne pas aller sans répercussions. Celles-ci touchent tout d'abord à la notion même de contrat, dont les définitions, critères et rôle se trouvent réorientés si l'on

¹⁴ Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 sur l'immigration et l'intégration, art. L. 311-9 et s., code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) ; Décret n° 2006-1791 du 23 décembre 2006 relatif au contrat d'accueil et d'intégration et au contrôle des connaissances en français d'un étranger souhaitant durablement s'installer en France et modifiant le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (partie réglementaire), *Journal officiel* 31 déc. 2006, p. 20346 ; Arrêté du 19 janvier 2007 relatif aux formations prescrites aux étrangers signataires du contrat d'accueil et d'intégration et à l'appréciation du niveau de connaissances en français prévues aux articles R. 311-22 à R. 311-25 du décret n° 2006-1791 du 23 décembre 2006 relatif au contrat d'accueil et d'intégration et au contrôle des connaissances en français d'un étranger souhaitant s'installer durablement en France et modifiant le code de l'entrée et du séjour et du droit d'asile (partie réglementaire), *Journal officiel* 30 janv. 2007, p. 1835.

Le dispositif a évolué avec la loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, par ajout d'un volet familial. Sur cette loi, dans l'optique ici traitée, cf. ROCHFELD, J., « D'une nouvelle manifestation du contrat pédagogique ? Le contrat d'accueil et d'intégration », *Revue des contrats*, 2008, p. 193.

¹⁵ Art. R. 311-20, CESEDA : « Le contrat d'accueil et d'intégration est établi par l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations et signé par le préfet qui a accordé le titre de séjour (...). Le contrat, avec sa traduction dans une langue que l'intéressé comprend, est présenté par l'agence à l'étranger au cours d'un entretien individuel. A l'issue de cet entretien, il est signé par l'étranger et, le cas échéant, par son représentant légal admis régulièrement au séjour en France ».

Pour le volet familial, cf. art. L. 311-9-1 et s.

¹⁶ Art. R. 311-24 : « Lorsque le niveau mentionné à l'article R. 311-23 n'est pas atteint, le contrat d'accueil et d'intégration impose à l'étranger de suivre une formation destinée à l'apprentissage de la langue française. Un organisme susceptible d'assurer cette formation est proposée par l'agence. La durée de la formation linguistique prescrite est établie en fonction des besoins révélés par les résultats du test et des capacités d'apprentissage de l'intéressé. Sa durée ne peut être supérieure à quatre cents heures ».

¹⁷ Art. R. 311-28 : « Le contrat peut être résilié par le préfet sur proposition de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations lorsque celle-ci constate que l'étranger, sans motif légitime, ne participe pas ou plus à une formation prescrite. Le préfet informe l'étranger de son intention de résilier le contrat et le met à même de présenter ses observations dans le délai d'un mois. Il indique les motifs de la résiliation envisagée et en précise les conséquences au regard des dispositions relatives au premier renouvellement de la carte de séjour prévues par l'article L. 311-9 ainsi qu'à l'appréciation de la condition d'intégration républicaine dans la société française prévue à l'article L. 314-2. L'attestation prévue à l'article R. 311-29 porte mention de cette résiliation ».

prend au sérieux cette mutation. Ce faisant, on proposera l'analyse selon laquelle la notion de contrat intègre, avec cette utilisation, une nouvelle fonction, pédagogique (I). Ensuite, les répercussions peuvent intéresser les liens sous-jacents que cette technique contractuelle saisit, dont elle traduit peut-être une véritable évolution (II).

I. LA MUTATION DU CONTRAT PAR INTRODUCTION D'UNE FONCTION PEDAGOGIQUE

La première question qui se pose est relative à la figure du contrat et à son critère, pour autant qu'il n'ait jamais existé un critère unique, ce dont on peut fortement douter¹⁸.

Le contrat est traditionnellement défini, en droit privé du moins, comme un accord de volontés *en vue de produire des effets de droit*¹⁹. Parmi ces effets, on lui accole assez naturellement ceux qui permettent de réaliser un échange. On tombe ainsi sur la figure du contrat, plutôt synallagmatique, interindividuel, où chacun reçoit une contrepartie en échange de ce qu'il donne.

Or, peut-on considérer qu'il existe un contrat quand un accord se borne à reprendre des droits et obligations d'ores et déjà existants et ne semble donc pas créer d'effets de droit ? *Quid* de l'idée d'échange ? Voilà pour les interrogations d'ordre théorique.

Elles se prolongent par d'importantes implications pratiques : de la réponse à la question de la qualification contractuelle découlent en effet le régime des obligations endossées et leur mode de sanction.

Pour l'illustrer, prenons l'exemple du PARE. L'arbitrage en faveur ou non de la qualification contractuelle rejaillissait sur le maintien de la durée d'indemnisation initiale : adopter la qualification de contrat renvoyait au maintien de cette durée, par survie de la loi ancienne (c'est-à-dire de celle « enfermée » dans les prévisions des parties, que la loi ne peut venir modifier) ; à l'inverse, rejeter cette qualification revenait à pouvoir intégrer immédiatement les modifications de cette durée, par application immédiate de la loi nouvelle, sans égard pour les prévisions des contractants.

¹⁸ Cf. GHESTIN, J., *La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 1983, n°4.

¹⁹ GHESTIN, J., *op.cit.*, n°4.

Relativement au « contrat de responsabilité parentale », autre exemple, et même si aucun contentieux n'a encore pu s'élever, on peut également imaginer que l'Etat ne puisse pas, du fait de la force obligatoire issue de l'article 1134 du code civil si la qualification contractuelle était retenue (et qu'elle ressortisse au droit privé), revenir sur des allocations familiales existantes et « intégrées » au contrat.

Or, face à ces interrogations, deux thèses peuvent s'affronter (A), à la suite desquelles on proposera une réorientation (B).

A. Les thèses en présence : critère formel ou critère substantiel

Quant aux thèses en présence, qui ont d'ailleurs été soutenues plus ou moins clairement quand le PARE a pénétré la sphère contentieuse, elles opposent une approche formelle ou procédurale à une approche substantielle.

Selon une première, il ne suffirait pas aux normes d'un autre ordre de revêtir l'habit contractuel pour devenir contractuelles : si l'accord n'opère que leur reprise, ces normes conserveraient leur nature initiale et l'acte qui les porterait ne pourrait être qualifié de contrat. Appliquée au PARE, à l'égard duquel le Conseil d'Etat avait clairement énoncé qu'il ne créait à son sens aucune obligation nouvelle et se bornait à rappeler à chaque signataire les droits et obligations découlant des autres sources²⁰, l'idée amenait à le rejeter de la sphère contractuelle.

C'est ce que firent le Tribunal de grande instance et la Cour d'appel de Paris ainsi que, en tout dernier lieu, la Cour de cassation²¹ : il ne s'agit pas là, exposera clairement la deuxième, de « la manifestation d'une volonté de contracter mais (de) l'application d'une

²⁰ CE 11 juil. 2001, Paris, Francis Lefebvre, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2001, No. 1157 et 1168 ; *Droit social* 2001, p. 857, *Juris-classeur périodique – Edition générale*, 2002, II. 10058, note PRETOT, X. ; cf. SUPLOT, A., *Droit social*, 2004, p. 542, faisant le parallèle avec le contrat de travail et précisant qu'il ne fait qu'incorporer « dans le contrat individuel le statut collectif ».

²¹ TGI Paris, 2 juil. 2002, RJS 2002/10, No. 1161, D. 2003, p. 2923, obs. ROUSSEAU, Y., *Droit social*, 2002, p. 881, obs. PRETOT, X. ; CA Paris, 21 sept. 2004, *Droit social*, 2004, p. 958 ; note PRETOT, X., *Revue des contrats*, 2005, p. 257, nos obs. : « la signature, par le travailleur demandeur d'emploi, d'engagements précisés dans le document remis préalablement par l'Assedic, est la retranscription de ses obligations issues des articles R. 351-27 et R. 351-28 du code du travail et le rappel des textes législatifs, réglementaires et conventionnels, dans l'acception où ce terme est entendu en droit social », tirant les conséquences susmentionnées ; Cass.soc. 31 janv. 2007, n° 04-19.464, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*, V, No. 15, *Juris-Classeur périodique – Edition générale*, 2007, Act., 86, obs. P. MORVAN, D. 2007, p. 988, Rapport CHAUVIRE, J. et p. 1469, note WILLMANN, C., *Droit social*, 2007, p. 403, chr. PRETOT, X., *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 503, obs. JACQUES, P., *Revue des contrats*, 2007, p. 1085, obs. ROCHFELD, J.

règle décidée par les partenaires sociaux ». En conséquence, « les intimés (n'étaient) pas fondés à prétendre que la durée et le montant de leur indemnisation (était) de nature contractuelle » et « le droit au maintien de l'indemnisation pendant une certaine durée et pour un certain montant (... n'était) pas établi ». Le critère du contrat revient ici à celui de la création d'une norme de droit, au-delà du suivi de la procédure contractuelle²².

Selon une seconde thèse, à l'inverse, ce type d'accord serait un contrat : il importerait peu que les normes qui y sont reprises soient d'origine légale (au sens large) car, dès lors qu'elles sont intégrées dans l'accord individuel, elles deviennent contractuelles²³. Le Tribunal de grande instance de Marseille, dans sa décision médiatisée du 15 avril 2004, ainsi que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, feront leur cette thèse. Certes, ils le feront en grande partie pour des raisons d'opportunité. On ne peut nier, en effet, que l'utilisation du contrat confine, dans les hypothèses décrites, à une instrumentalisation, par l'Etat, de l'idée de consentement et d'accord. Dès lors, il pouvait sembler équitable de lui opposer, alors qu'il entendait s'affranchir des obligations qu'il avait souscrites dans ces contrats, la force obligatoire : elle liait les allocataires du PARE ; elle devait s'imposer avec la même force à l'Etat²⁴. L'opportunité fut donc, à n'en pas douter, un facteur important d'adoption de la thèse contractuelle.

Pour autant, il ne fut pas le seul. Les juridictions citées relevèrent en effet un autre élément, bien intéressant : le PARE, dira le TGI de Marseille, comporte, « outre le rappel des obligations légales et réglementaires (...), un double engagement réciproque » — « celui pour le demandeur d'emploi de respecter les engagements pris dans le cadre du PAP signé avec l'ANPE », « en contrepartie de l'obligation pour l'ASSEDIC de verser cette indemnité ». C'est au fondement de ce constat qu'il pouvait être qualifié de « contrat synallagmatique »²⁵. En conséquence, il revêtait la force obligatoire issue de l'article 1134 du code civil et la durée d'indemnisation était, sur le fondement de l'article 2 du même code et de la mise à l'écart de

²² Sur ce critère, cf. GHESTIN, J., *op.cit.* No. 4 ; *adde* la distinction de la procédure contractuelle et de la norme qui en découle, ANCEL, P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 771.

²³ En ce sens, WILLMANN, C., *chr. préc.*, 384 ; SUPLOT, A., *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?*, *Droit social*, 2003, p. 68 et *Droit social*, 2004, p. 541 ; ENCINAS DE MUNAGORRI, R., *obs. préc.*

²⁴ Cf. SUPLOT, A., *chr. préc.* p. 542 faisant appel à l'idée de *reliance* ; ENCINAS DE MUNAGORRI, R., *préc.*, p. 596.

²⁵ TGI Marseille, 15 avr. 2004, RJS 2004/6, No. 729, *Droit social*, 2004, p. 541, note SUPLOT, A., *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 594, *obs.* ENCINAS DE MUNAGORRI, R., *Revue des contrats*, 2005, p. 257, nos *obs.* ; CA Aix-en-Provence, 9 sept. 2004, identifiant un « engagement singulier » envers chaque signataire, ce qui sera censuré par l'arrêt de la Cour de cassation, soc. 31 janv. 2007, *préc.*

l'application immédiate de la loi, garantie. Le critère du contrat tiendrait ici dans le suivi de la procédure contractuelle, au-delà de l'examen du contenu obligationnel.

Mais, en réalité, l'argument apparu dans cette dernière salve de décisions réoriente quelque peu le débat. Il fait apparaître un nouveau critère du contrat et pousse à la considération d'un type d'accord original, le contrat pédagogique.

B. Le critère « pédagogique »

On peut certes affirmer, comme l'a fait par exemple le Conseil d'Etat à l'égard du PARE, que les droits et obligations de chacune des parties existaient avant la signature de cet acte et qu'il ne les crée pas.

Pour autant, cela ne veut pas dire que la reprise qu'il en opère soit neutre. Ce contrat, ainsi que ses équivalents postérieurs, interviennent, en tant qu'outil d'une politique de responsabilisation et de « donnant-donnant » instillée par l'Etat, pour instituer ces obligations comme des « contreparties », des « engagements réciproques ». C'était flagrant dans le PARE²⁶. C'est également un tel lien synallagmatique qu'a voulu introduire le contrat de responsabilité parentale, entre exécution des devoirs parentaux et versement des allocations familiales. C'est enfin cette dynamique que les premières actions relatives au contrat d'accueil et d'intégration mettent en œuvre : elles font logiquement valoir que l'étranger ayant respecté ses obligations de formation attend la contrepartie qui est censée s'y attacher, à savoir son titre de séjour²⁷.

En conséquence, ce type de contrats joue un rôle de prescripteur du lien d'interdépendance²⁸, lien sur lequel il s'appuie pour rappeler, à leurs signataires, leurs droits et devoirs aux fins de prise conscience²⁹. Là gît leur véritable apport.

²⁶ Cf. LYON-CAEN, G., *Le droit et l'emploi*, Paris, Dalloz-Sirey, 1982, chr., p. 133 ; WILLMANN, C., chr. préc. p. 389, mettant en avant cette instrumentalisation de la part des partenaires sociaux, et plus largement de l'Etat en tant qu'agent de la politique de l'emploi.

²⁷ Cf. *Libération*, 11 juill. 2007, pour la synthèse de la première action, entreprise par une jeune Algérienne, à l'encontre du préfet, puis du tribunal administratif de l'Hérault.

²⁸ Cf. WILLMANN, C., chr. préc., p. 385, qui relevait, à propos du PARE, cette « logique de contrepartie » ; elle pouvait, d'ailleurs, être discutée à la lecture de l'art. 1 § 3 de la convention du 1^{er} janv. 2001, ambigu sur ce point : « le versement des allocations et l'accès aux services (...) sont *consécutifs* à la signature du plan », cf. LYON-CAEN, G., « Un agrément, des désagréments... », *Droit social*, 2001, p. 377.

²⁹ Cf. l'art. 1^{er}, § 1, préc. : le PARE « rappelle les droits et obligations (...) résultant des dispositions légales et réglementaires » ; art. L. 222-4-1, CASF pour le contrat de responsabilité parentale.

C'est pourquoi, en définitive, on en arrive à la proposition — ici synthétiquement exposée — d'une identification d'un nouveau type de contrat : le contrat « pédagogique ». Il pourrait se définir comme un contrat marquant l'adhésion (celle-ci pouvant être imposée) de la volonté individuelle à des droits et obligations existants, intervenant pour rappeler ces derniers à leur destinataire aux fins de prise de conscience, et instituant ou reprenant une sanction en relation avec la violation de ces derniers. Le contrat pédagogique se voudrait donc un outil de respect de la loi, assis sur une logique d'échange³⁰ et de maniement des intérêts privés.

Mais alors, au-delà des répercussions tracées sur la qualification et la fonction du contrat, on doit désormais s'interroger sur les facteurs ayant présidé à une telle utilisation et à la nécessité que celle-ci révèle du passage par cet outil pour faire respecter la loi.

II. DE LA CONTRACTUALISATION DES LIENS SOUS-JACENTS ?

L'utilisation de la technique du contrat pour ancrer les obligations légales dans la conscience de leur destinataire peut se réclamer de deux ordres d'explications dont on se demandera lequel l'emporte (ou s'ils s'allient). En premier lieu, elle pourrait relever de mutations d'ordre juridique et technique dans la conduite de l'action publique, celle-ci allant de la loi vers le contrat (A). En second lieu, de façon plus profonde, les évolutions pourraient traduire la mutation même des liens appréhendés, passant d'institutionnels à contractuels (B).

A. *De la loi vers le contrat*

Si l'on se tourne vers le premier ordre d'explication, on associera l'utilisation du contrat au mouvement général de contractualisation de la société³¹, voire à son « contractualisme ». Ce dernier renvoie, dans la définition qu'en donne Alain Supiot par

³⁰ En ce sens également, WILLMANN, C., chr. préc., p. 391, à l'égard du PARE.

³¹ Sur cette question, cf. récemment CHASSAGNARD-PINET, S., et HIEZ, D., (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Marseille, Presse Universitaire d'Aix-Marseille (PUAM), 2007 ; *Approche critique de la contractualisation*, Paris, LGDJ, coll. « Droit et sociétés », 2007.

exemple³², à l'« idéologie selon laquelle le lien contractuel serait la forme la plus achevée du lien social ».

Cette idéologie peut puiser à deux sources. Tout d'abord, elle peut se fonder sur une certaine philosophie de la légitimité, portée par Habermas notamment. En ce sens, et pour résumer brièvement sans pénétrer plus avant sur les terres des juristes et sociologues de l'action publique³³, le contrat serait prisé depuis les années 60³⁴, en lieu et place de la loi ou à son soutien (comme dans les hypothèses analysées), en tant qu'instrument démocratique et pour son efficacité. « Droit négocié », il serait censément mieux « accepté » et respecté par les justiciables³⁵. On constatera seulement que, dans les hypothèses visées, ni l'adhésion à un tel accord, ni son contenu, ne sont négociés, tandis que la partenaire contractuel est imposé. Il ne reste que le détour par l'acceptation pour soutenir cette meilleure efficacité.

Ensuite, cette idéologie « contractualiste » peut s'accorder avec l'univers juridique du libre échange ainsi qu'avec l'exaltation actuelle des droits individuels. Dans ce contexte, en effet, il peut sembler « efficace » de traduire toute politique institutionnelle en termes de défense de droits et d'intérêts individuels, davantage qu'en poursuite et respect de finalités d'intérêt général. On place ainsi sous le masque de l'échange et de la défense d'avantages particuliers la soumission aux obligations légales et le respect de l'intérêt général.

En définitive, à l'égard de ces deux soubassements, la figure du contrat « pédagogique » peut sembler exemplaire : le contrat vient habiller la loi pour la faire accepter

³² SUPIOT, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Seuil, coll. « La couleur des idées », 2005, p. 142.

³³ A cet égard, parmi d'autres, cf. SERVERIN, E., *Lectures socio-juridiques sur l'Etat et le contrat*, in *Approche critique*, op.cit. p. 95 et s. ; GUIBAL, M., *Contrats publics*, Montpellier, PU Montpellier, Mélanges, 2006, 2 vol., spéc. CAILLOSSE, J., *Interrogations méthodologiques sur le "tournant" contractuel de l'action publique*, Vol. II, 2006, p. 469 et s. ; Dossier *L'administration contractuelle*, Paris, Dalloz, *Actualité juridique de droit administratif*, 2003, No. 19, not. RICHER, L., *La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques*, p. 973 ; CHEVALLIER, J., *La loi et le contrat dans l'action publique*, Paris, PUF, Cahiers du conseil constitutionnel, 2004, No. 17 ; GAUDIN, J.-P., *Gouverner par contrat*, Paris, Presses de Sciences Po, 1999 ; pour une synthèse récente des différentes connotations et évolutions de ce mouvement, cf. ROLIN, F., *Les visages menaçants du nouveau contractualisme : le contrat de responsabilité parentale*, Paris, RDSS, 2007, p. 38.

³⁴ Cf. not. le Rapport Nora sur la gestion des entreprises publiques, 1967.

³⁵ Cf., parmi d'autres, SUPIOT, A., *La contractualisation de la société*, Paris, Université de tous les savoirs, 2001 : le contrat est « réputé flexible, égalitaire, et émancipateur, par opposition aux pesanteurs des États et aux tares de la loi, réputée rigide, unilatérale, asservissante » ; GERARD, P., OST, F., VAN DE KERCHOVE, M. (ed.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Faculté Universitaires Saint-Louis (FUSL), 1996 ; PIROVANO, A. (ed.), *Changement social et droit négocié. De la résolution des conflits à la conciliation des intérêts*, Paris, Economica, 1988 ; LASCOUTES, P., *Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle*, Paris, Institut de management public, Politiques et management public, 1993, Vol. 11, No. 4.

de ses destinataires ; il transforme des devoirs en contrepartie de droits individuels³⁶. Le montage est en partie un leurre, en ce qui concerne l'argument démocratique, mais il accompagne une véritable transformation du rapport à la norme.

Il faut en conséquence en relever les implications profondes. L'instrumentalisation réalisée traduit, en effet, un véritable affaiblissement de la loi, sans que le contrat n'en sorte plus renforcé.

A son égard, d'un côté, alors qu'il est censé valorisé dans cette idéologie, on peut relever un affaiblissement de sa portée normative : son nouveau rôle pédagogique l'entérine en instrument de prise de conscience d'une norme plus que de création de cette dernière. En outre, il semble vider de ses caractéristiques naturelles d'autodétermination : il n'y existe pas de liberté de contracter ; il n'y existe pas de choix du cocontractant (c'est le président du Conseil général pour le contrat de responsabilité parentale ; l'Assedic pour le PARE ; le préfet pour le contrat d'accueil et intégration) ; il n'y existe pas de choix du contenu, ce dernier étant fixé par décret³⁷ ; il n'intervient pas pour la défense des intérêts économiques des parties, mais, par leur biais, c'est-à-dire en utilisant ces intérêts comme levier, pour la « mise en œuvre des impératifs d'intérêt collectif non négociables dans leur principe³⁸ ».

A l'égard de la loi, d'un autre côté, on ne peut que remarquer son affaiblissement dans la hiérarchie des normes telle qu'elle est traditionnellement présentée. Que peut signifier, en effet, le constat qui émerge de l'instrumentalisation réalisée, à savoir que le contrat deviendrait nécessaire pour entériner des droits et obligations d'ores et déjà existants en vertu de la loi ? Il semble indiquer que la force obligatoire qui s'y attache — et ce alors même que sa portée normative et ses caractères d'autodétermination se seraient affadis — s'impose comme plus prégnante que le respect dû à la loi, au moins dans la psychologie des destinataires de la norme. En ce sens, la qualité de contractant serait ressentie comme plus assujettissante que celle de citoyen. Dès lors, il se produirait à l'égard de la hiérarchie des normes (au moins de celle psychologiquement perçue, de nouveau, manipulée ici par les

³⁶ Cf., pour la démonstration de cette mutation en matière de prestations sociales, CAMAJI, L., *La personne dans la protection sociale. Recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales*, Dir. de thèse LYON-CAEN, A., Paris X, 2006.

³⁷ Cf. *supra*, les décrets précités relativement à chacun des contrats.

³⁸ SUPLOT, A., *Homo juridicus*, op.cit. p. 169 et *La contractualisation...*, art. préc., p. 6, qui souligne l'opposition avec « Le contrat, sous sa forme canonique (qui) lie des personnes égales qui ont librement souscrit des obligations généralement réciproques ».

pouvoirs publics) un retournement tenant en ce que la « norme » contractuelle se placerait en haut de la pyramide. Plus exactement, elle serait nécessaire pour relayer de sa force les autres, quand bien même celles-ci lui seraient normalement supérieures. Le phénomène marquerait donc la faillite de la loi et de l'institution à imposer leur puissance à l'égard du justiciable, le relais du contrat intervenant comme la marque de la supériorité (au moins psychologique encore une fois) de la force obligatoire qui s'y attache sur le respect dû à la loi.

A l'appui de ce constat, on relèvera d'ailleurs, à l'égard de certaines matières, un facteur supplémentaire : celui de la complexification du droit porté par la loi. Par exemple, le droit de l'emploi apparaît comme particulièrement mouvant, complexe, et traversé de dispositions d'un droit qui peut être perçu comme mou. A son égard, la contractualisation peut être comprise comme le symptôme de la complexification et de l'affaiblissement du droit, et l'émergence du contrat pédagogique comme l'outil par lequel la loi, dont les caractères d'accessibilité, de lisibilité et de force contraignante auraient diminué, serait traduite en un langage plus accessible comme construit sur des vocables d'intérêts privés et une logique de « contreparties ».

D'aucuns relèvent alors que, sous la poussée de ces facteurs, le droit commun, objectif et général, porté par la loi, disparaîtrait derrière un rappel de sa teneur, auprès de chacun de ses destinataires³⁹. Il y aurait là une cause de « reféodalisation » de la société, dont le contrat serait le masque.

En second lieu, quant à l'argument de la traduction en droits individuels et en contreparties, on observera qu'il n'est pas toujours possible sans distorsion, voire qu'il n'est pas toujours efficace : la logique de contrepartie manipulant les intérêts ne peut être actionnée à bon escient que dans les hypothèses où cette contrepartie existe et ne demande qu'à être activée par le contrat. Par exemple, à l'égard du contrat de responsabilité parentale, on peut douter de l'efficacité de la mesure : les allocations familiales ne se trouvent pas ordinairement reliées, directement et comme des contreparties immédiates, à la bonne exécution par les parents de leur devoir de suivi scolaire mais se justifient par la nécessité d'une aide procurée

³⁹ Cf. ROLIN, F., *Les visages...*, art. préc., p. 39. La remarque et l'expression utilisée sont à rapprocher des constats de SUPLOT, A., cf. *La contractualisation...* art. préc. selon lesquels il y aurait « émergence d'un nouveau type de contrats », dont l'« objet premier n'est pas d'échanger des biens déterminés, ni de sceller une alliance entre égaux, mais d'organiser l'exercice d'un pouvoir ». L'auteur fait notamment référence aux contrats de dépendance et à une nouvelle forme de pouvoirs entre particuliers.

sans retour⁴⁰ ; en outre, il fut démontré, pour démanteler en 2004 le dispositif précédent instituant un tel lien⁴¹, qu'il n'existerait pas de cause unique et volontaire aux difficultés éducatives relevées — la « démission parentale » ainsi que la nomme les travaux parlementaires par exemple — mais des facteurs hétérogènes⁴². En conséquence, l'efficacité du lien de contrepartie risquait de faire défaut⁴³.

Mais, en réalité, par cette remarque, on touche déjà à la substance des liens en cause, c'est-à-dire à la question de savoir s'ils se sont eux-mêmes changer en lien d'échange et peuvent dès lors s'inscrire « efficacement » dans une logique de contrat.

B. *Des liens institutionnels aux liens contractuels*

Le second ordre d'explication ressortirait à une mutation profonde des liens appréhendés, passant d'institutionnels à contractuels. L'idée tiendrait ici en ce que l'insertion de liens ordinairement institutionnels dans le moule contractuel et, par son biais, dans une logique de contrepartie et d'échange, réaliserait plus qu'un habillage ou une instrumentalisation et traduirait une mutation même des liens sous-jacents. Qu'elle soit exacte ou non, il y aurait, dans le phénomène de contractualisation, ainsi que l'avance Evelyne Serverin, une « théorie implicite des relations sociales »⁴⁴.

A l'appui de cette remarque, on constatera tout d'abord que les contrats décrits viennent se poser sur une situation traditionnellement institutionnelle et régie par la loi. Dans nos exemples, ils entourent la qualité de demandeur d'emploi et d'allocataire de prestations sociales ; celle de parent ; celle de citoyen. On constate donc un empiètement du contrat sur l'institution (si tant est, bien sûr, que l'on puisse correctement définir ces deux termes...).

En outre, le lien unissant traditionnellement l'individu à la collectivité s'y trouve parfois remplacé par un lien contractuel interindividuel entre personnes privées (ce qui ne

⁴⁰ Sur ce débat, cf. BEIGNIER, B., *préc.*, p. 1 ; nos obs., *Revue trimestrielle de droit civil*, *préc.*

⁴¹ Cf. la loi n° 2004-1 du 2 janvier 2004 relative à l'accueil et à la protection de l'enfance précitée, qui est venue le supprimer...

⁴² Pour une analyse des « figures du risque » comme principalement socio-économiques, cf. BOISSON, M., VERJUS, A., *La parentalité, une action de citoyenneté. Une synthèse des travaux récents sur le lien familial et la fonction parentale (1993 – 2004)*, CAF, dossier d'étude no. 62, nov. 2004, p. 27.

⁴³ Sur cette critique, cf. nos obs., *Revue trimestrielle de droit civil*, 2006 *préc.*

⁴⁴ Cf. SERVERIN, E., *art. préc.*

manque pas, ou ne manquera pas, de poser des problèmes de compétences judiciaires⁴⁵). C'est le cas pour le PARE, où le lien du demandeur d'emploi-allocataire avec la collectivité des cotisants semble remplacer par un lien entre l'individu et l'ASSEDIC, personne privée⁴⁶.

En définitive, on aboutirait à une totale relecture du contrat social, par une reformulation, par le biais de la technique contractuelle de droit privé et de l'échange, du lien de l'individu envers la collectivité : de lien statutaire et collectif, il deviendrait un lien interindividuel d'échange et de contreparties.

Certes, la reformulation opérée peut se réclamer de certaines évolutions. Elles sont à l'œuvre à l'égard des liens des cotisants d'allocations envers la communauté⁴⁷ ou des citoyens envers l'Etat. La thèse de la mutation du lien ne serait pas totalement exclue, également, des sphères familiales et personnelles où nous l'avons vu, se développe ce type de contrats. On peut ici renvoyer aux sociologues qui décrivent, à l'instar par exemple de Zigmunt Bauman⁴⁸ ou de F. de Singly⁴⁹, les liens interpersonnels des sociétés modernes comme si fluides qu'ils nécessiteraient une réaffirmation et une réélection continues : dans les sociétés, nous dit le second, où « les appartenances demeurent, mais (où) elles sont devenues plus fragiles, pouvant être rompues au gré de la demande individuelle », où « les institutions ont perdu du terrain face au contrat », le contrat deviendrait nécessaire à l'affirmation et à la réaffirmation des liens les plus simples et les plus institutionnels.

Il n'en demeure pas moins que, à l'inverse, on peut regarder tous ces phénomènes comme le masque d'une ré-institutionnalisation, par réintroduction de l'autorité de l'Etat dans des sphères où la référence à cette autorité avait été minimisée (domaine des relations familiales parentales notamment) ou dans lesquelles elle pâtissait d'un manque d'efficacité

⁴⁵ Sur ces questions, relativement au PARE, cf. ROLIN, F., *Les visages...*, art. préc p. 43 ; nos obs., *Revue des contrats*, préc. Egalement, la nature, de droit privé ou de droit public du contrat, oriente vers le régime juridique applicable ; sur les critères du contrat de droit public, RICHER, L., *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6^{ème} édition, 2008, p. 90 et s.

Par ex., à l'égard du contrat de responsabilité parentale, signé entre des personnes privées et le représentant de l'Etat, et en l'absence de qualification dans la loi et de clauses exorbitantes du droit privé, il faut s'attacher à son objet pour déterminer s'il participe au service public, et partant entraîne vers une qualification de droit public. Cela pourrait se soutenir si l'on acceptait l'idée de fonction d'éducation de la famille, qui se trouverait alors intégrée au service public. En conséquence, le juge administratif pourrait être appelé à statuer sur l'exécution du contrat... Cela n'en laisserait pas, néanmoins, de poser un délicat problème d'articulation si l'on considère que l'ensemble des mesures éducatives relève du juge des enfants, lorsqu'elles sont arrêtées sans ce contrat.

⁴⁶ Cf. CAMAJI, L., *op.cit.*

⁴⁷ Cf. CAMAJI, L., *op.cit.*

⁴⁸ BAUMAN, Z., *L'amour liquide. De la fragilité des liens entre les hommes*, trad. C. Rosson, Le Rouergue, Chambon, 2004.

⁴⁹ DE SINGLY, F., *Les uns avec les autres. Quand l'individualisme crée du lien*, Paris, Hachette, Pluriel, 2003, p. 125.

(droit de l'emploi). Partant, les liens sous-jacents n'auraient pas changé de nature et l'on pourrait remettre en question, à l'instar d'Irène Théry pour la sphère familiale, le constat de la désinstitutionnalisation⁵⁰. Certes, il n'en faudrait pas moins prendre en compte les avancées d'une logique plus libérale de contreparties relativement aux relations de l'Etat et des divers allocataires, ainsi qu'il a pu être constaté. Mais il n'en demeurerait pas moins que le contrat pédagogique, sous les atours du consenti et par le biais du maniement des intérêts individuels, se ferait l'instrument privilégié de politiques de contrôle étatique renforcé⁵¹.

⁵⁰ THERY, I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au Garde des Sceaux, ministre de la justice*, Paris, éd. Odile Jacob, La documentation française, 1998.

⁵¹ Cf. ROLIN, F., *Les visages...*, art. préc. p. 40.

